



Fedex deve indenizar por extraviar material genético

A Fedex, empresa de serviço de entrega de encomendas, foi condenada a pagar indenização por danos morais pelo extravio de uma encomenda inusitada. A empresa perdeu o material genético enviado do Brasil para ser submetido a exames de laboratório nos Estados por uma cliente portadora de um câncer. A decisão é do juiz Vicente de Abreu Amadei da 36ª Vara Cível de São Paulo.

A psicanalista **Graça Marques** mandou células cancerígenas retiradas em cirurgia de sua mama esquerda para que a Fedex fizesse o transporte do material até o instituto de pesquisa Oncotech em San Diego, Califórnia. Nos Estados Unidos o tecido seria investigado para ser analisada a hipótese de submeter a paciente a uma vacina experimental. A encomenda, porém, sumiu. Depois de fazer buscas na alfândega e nos achados e perdidos e ao não encontrar o material, a empresa ofereceu U\$ 100 de ressarcimento à cliente.

A cliente entrou com ação alegando que a perda do material genético causou grande abalo psíquico, moral e físico, já que estava com câncer e a vacina representava uma esperança de cura. Mesmo passado o tempo, a perda continua significativa porque a cliente não mais conta com a possibilidade de tentar o tratamento no caso de retorno da doença. Diante da gravidade da situação pediu R\$ 588 mil para indenização dos danos morais, matérias e patrimoniais.

A Fedex alegou prescrição do prazo de dois anos, previsto no pacto de Varsóvia,. O material foi extraviado em 1999 e a cliente entrou com ação em 2004. Alegou também que não teve culpa do extravio já que a carga chegou aos EUA, mas não voltou da alfândega. Além disso, sustentou que a vacina indicada para a cura do câncer está apenas em fase de teste, o que não garante sua eficácia. Terminou dizendo que não cabe indenização por danos materiais porque não há provas da necessidade da vacina e nem por danos morais já que não há mais o sofrimento pela perda do material.

O juiz entendeu que não se aplica o prazo de prescrição previsto no Pacto de Varsóvia, já que não houve extravio da carga em voo. Cabe no caso aplicar o prazo de cinco anos previsto no Código de Defesa do Consumidor, já que está caracterizada a relação de consumo.

A Fedex não cumpriu a sua obrigação firmada no contrato de prestação de serviços, segundo o juiz, porque a empresa não deveria apenas transportar o material do Brasil para os Estados Unidos, mas fazer com que a carga fosse entregue ao instituto. Para o juiz a empresa deveria ter acompanhado o material na alfândega, já que estava ainda sob sua responsabilidade.

Não se pode afirmar que a perda do material tenha sido irrelevante para a cliente, no entendimento do juiz, porque ela ainda estava em tratamento de quimioterapia e não estava curada. E mesmo com a cura, no câncer há sempre a possibilidade de reincidência.

O juiz decidiu que não cabe indenização de despesas e de danos materiais em consequência do extravio, mas decidiu que a empresa deve indenizar em R\$ 60 mil pelo sofrimento causado diante da perda do material que representava uma esperança de cura na época.



Na quarta-feira (23/11) foi feita audiência de conciliação, mas não houve consenso. Graça entende que o valor da indenização é muito baixo pelos transtornos e pelo sofrimento causado, e também pretende obter reparação pelos danos patrimoniais e materiais. De acordo com a psicanalista “a empresa deve indenizar por não ter me visto como um ser humano, não percebeu a importância que esse material genético tinha para mim e para minha vida.”

Graça Marques relatou sua experiência sobre a cura do câncer no livro “Efeitos Colaterais de uma Vida”, lançado em abril deste ano.

Leia a íntegra da decisão:

DOE Edição 06/06/2005

Arquivo:977

Publicação:30

Varas Cíveis Centrais 36 Vara Cível

Processo 000.04.073650-4 – Indenização (ordinário) – MARIA DA GRAÇAS MARQUES —
FEDERAL EXPRESS CORPORATION — Fis 300/3 12-

Vistos

1. **MARIA DAS GRACAS MARQUES**, qualificada na petição inicial, promove a presente ação de indenização contra a **FEDERAL EXPRESS CORPORATION**, igualmente qualificada nos autos, alegando, em síntese que:

a) diagnosticado carcinoma ductal invasivo em sua mama esquerda e submetida ao tratamento de praxe sem o sucesso esperado, foi retirado um tecido de sua mama doente (células cancerígenas vivas e únicas, pois não poderiam ser recuperadas) para ser enviado a empresa Oncotech. IC, San Diego, (Califórnia, EUA) para a investigação necessária em vista do desenvolvimento de uma auto-vacina genética, e então, para encaminhamento do material foi contratada a ré (contrato de transporte tracking number 8084 54843811 Form I.D. 400)

b) entregue. então, o material a ré, terminou extraviado e sem entrega a destinatária, observando que após longo esforço a ré apenas lhe comunicou que foram feitas buscas na alfândega e no departamento de achados e perdidos, mas a resposta foi negativa, ofertando US 100,00 a título de ressarcimento:

c) tal fato lhe causou profundo prejuízo e abalo (psíquico, moral e físico), especialmente pela consequência de não mais poder ser realizada a vacina anti-tumoral mencionada. A título de danos patrimoniais sustenta a perda de R\$ 90.000,00 com medicamentos e de R\$ 6.000,00 com despesas de consultas médicas, bem como lucros cessantes de R\$ 192.000,00. A título de danos morais, estima o



valor da indenização em 1.154 salários mínimos, correspondente a R\$ 300.040,00. Assim, pediu a condenação da ré no pagamento de indenização por danos materiais e lucros cessantes (R\$ 192.000,00) e por danos morais (R\$ 300.040,00). Com a inicial vieram documentos.

Citada, a ré contestou (tis. 17 1 / 190), sustentando, em preliminar, decurso do prazo de decadência/prescrição previsto na Convenção de Varsóvia (dois anos). No mérito, ressalta que:

a) não teve culpa pelo extravio do material, pois, chegando no país de destino, foi necessária a análise dele pela alfândega dos Estados Unidos e, após a entrega da carga às autoridades aduaneiras, o material não mais retornou;

b) extraviado, pois, sob o poder da alfândega dos Estados Unidos, não pode ser responsabilizado;

c) a vacina em pauta, que está apenas em fase de teste, é indicada apenas para cura do câncer (sobretudo para os casos de metástase). sem prejuízo dos demais tratamentos, não para o retorno da doença, observando que a autora já está curada (e, para ela, o objetivo da vacina seria evitar a recidiva), bem como que, hoje, seus resultados não são positivos;

d) não há danos materiais indenizáveis, por ausência de provas, denexo causal e pela necessidade de manutenção de todos os tratamentos (mesmo com o uso paralelo da vacina); e) não há danos morais indenizáveis, pois a vacina estava em fase inicial de testes, não era indicada para evitar recidiva e a autora está curada, não se frustrando qualquer expectativa nem gerando sofrimento, observando, ainda, que o valor pretendido a esse título é exagerado Assim, pediu a improcedência da demanda, juntando documentos.

Houve réplica (fls. 211 e segs.).

Para os novos documentos juntados pelas partes houve oportunidade de manifestação.

Frustrada a tentativa de conciliação (fls. 292).

Há impugnação ao benefício da assistência judiciária, em apenso, ainda não resolvido. cumprindo observar que, enquanto não revogado, a autora goza desse favor legal que lhe foi deferido.

É o relatório

DECIDO.

2. Trata-se de ação de indenização por decorrência de extravio de material (células cancerígenas vivas) transportado pela ré, por via aérea, do Brasil para os Estados Unidos.

Inicialmente, saliento que é fato incontroverso o extravio da carga em terra (ou seja, após o termino do voo, quando o material já estava no país de destino), não por força de acidente aéreo, ou seja, sem relação alguma com os riscos de voo. Assim, fica afastada a aplicação da Convenção de Varsóvia (tal como no voo nacional se afasta a aplicação do Código Brasileiro da Aeronáutica), deslocando-se tudo para o campo do direito indenizatório comum. Neste sentido, é a jurisprudência que acompanho: lo



TACivSP, Ap. 850.168-8, reI. Jorge Farah, j. 26.08.2003, com referência à doutrina de Rui Stoco (Tratado de Responsabilidade Civil, 5a cd., Ed. RT, p. 225/226) e a diversos outros julgados da mesma corte (RT 587/139, JTACSP-RT 84/91, JTACSP-LEX 146/112).

Por consequência, dentre as várias consequências disso, não há que se falem prazo prescricional ou de decadência (dois anos) da Convenção de Varsóvia, e, para a dedução da pretensão indenizatória pelo direito comum, não se pode afirmar transcurso do prazo prescricional ou de decadência algum.

Ademais, pelo teor do contrato de transporte em foco (fls. 52/54) a ré assumiu a obrigação não apenas de promover o transporte aéreo, mas, além deste, de também promover o necessário até a entrega da carga à empresa Oncotech Inc, no endereço dela (lis. 52), o que obviamente também indicava a obrigação de acompanhamento do desembarço alfandegário e de transporte terrestre até àquele destino. Logo, não estamos diante de contrato puro de transporte aéreo, mas misto deste com o terrestre e, assim, ocorrendo o extravio da carga em terra, não por força de fato atrelado ao voo, razão não assiste, repito, para aplicação, no caso, da Convenção de Varsóvia.

Oportuno, ainda, registrar que estamos em sede de relação de consumo, diante da fornecedora do serviço de transporte aéreo e terrestre (ré) e da consumidora (autora), com incidência do Código de Defesa do Consumidor, que indica o prazo prescricional de cinco anos para a pretensão indenizatória (artigo 27 do CDC), que, no caso, deve prevalecer, conforme tendência de nossos tribunais superiores (S'1'J e STF), embora ainda presente divergência e não resolvida, de modo definitiva, a questão em debate (STJ, RE 1 69.000/RJ:

8T1E RE 351.750: fls. 258/261, por exemplo).

Deste modo, rejeito a preliminar levantada na defesa.

Passo ao mérito, observando-se que é o caso de julgamento antecipado da lide, pois desnecessária a produção de outras provas. Observe-se, aliás, que prova pericial para saber quais os efeitos da vacina que se pretendia fazer, em tese considerada, é desnecessária (perícia exige situação concreta a ser examinada), sendo suficiente prova documental já produzida. Prova pericial para saber a atual condição de saúde da autora também é irrelevante diante dos documentos que já estão nos autos. Prova oral, outrossim, também é desnecessária, diante do que se colhe como fatos incontroversos e bem comprovados nos autos, por documentos.

Repito que é fato incontroverso que entre as partes houve contrato de transporte (parte aérea e parte terrestre) para enviou, do Brasil aos Estados Unidos (e até o endereço da c Oncotech Inc fls. 52), de células cancerígenas vivas (retiradas de tecido doente da autora) necessárias para investigação daquela empresa e em vista de futura auto-vacina genética que se pretendia fazer, carga essa que não chegou ao seu destino pois extraviada em terra no país estrangeiro.

É verdade, ainda, inclusive por declarações da própria autora (fls 109), que submetida ao tratamento convencional, colheu-se resultado satisfatório e, então, passou a fazer 'exames mensalmente para



controle' (lis. 109), mas tudo sob o 'medo da recidiva do câncer' (lis. 28).

Certo, no entanto, que ao tempo do extravio do material, a autora ainda estava sob tratamento quimioterápico (fls. 28,42/43 e 51) e, daí, não se pode afirmar que aquela perda do material tenha sido irrelevante, pois a expectativa da vacina anti-tumoral também tinha em mente a produção de alto índice de 'anticorpos e substancias participantes do sistema de defesa, sendo às vezes a única saída para tratamentos resistentes quimioterapia' (fls. 51). Daí a afirmação de que a falta de tratamento com aquela vacina prejudicou a paciente (fls. 51), ainda que possa dizer que esteja 'curada' (emprego essa palavra, obviamente, como se emprega em casos de câncer, uma vez que neles sempre há a possibilidade de recidiva).

Não se pode, pois, afirmar que o extravio do material transportado e, daí, a ausência da vacina referida (que não se pode fazer – abstração até dos efeitos reais da vacina (se fosse feita e aplicada) -, não tenha gerado reflexo algum para a autora, especialmente no campo emocional e psíquico, uma vez que essa vacina era cultivada pela autora como esperança para amenizar o tratamento quimioterápico (que não apresentava características ideais: fls. 51) e alimentada em sua vida interior como expectativa de 'cura definitiva' (fls. 28). Não houvesse tal esperança e expectativa no ânimo da autora – que terminaram frustradas por aquele extravio -, ela nem teria contrato a ré para o transporte das células até os Estados Unidos, em busca da investigação para a futura vacina...

Evidente, pois, a ocorrência do dano moral, com nexos causal diretamente relacionado ao apontado extravio do material, ao tempo em que esse material se encontrava sob os cuidados da ré que o transportava. E preciso ter em conta que 'perturbações nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se dano moral, passível de indenização' (STJ, 4a Turma, REsp. 8.768-SP, rei. Mm. Barros Monteiro, DJU 06.04.92, p. 4499).

Não se diga, ainda, que a ré não tenha responsabilidade civil, sob a alegação de que o extravio ocorreu quando o material estava na alfândega norte-americana.

Entregue a carga à ré, para o transporte até a empresa destinatária no país estrangeiro (fls. 52). ela ficou na posse do bem para a promoção integral do transporte contratado, o que, obviamente, previa o depósito alfandegário. Deveria pois ter todo cuidado no acompanhamento do material ao tempo da liberação da carga para prosseguimento do transporte terrestre até o destino contratado, mas não agiu deste modo,

a) a uma, porque em rigor, apenas alega que a carga foi entregue às autoridades aduanueiras norte-americanas (fls 69) mas não juntou documentou algum comprovando isso (ausente protocolo de entrega que a ré não apresentou)

b) a duas, porque ainda que assim tenha sido feita a entrega às autoridades, era de obrigação da ré acompanhar todo o processo de fiscalização alfandegária até a liberação (ou se não liberado fosse, até a restituição da carga da autora), mas assim não fez, até porque afirma que só em 27 de setembro soube (por intermédio da autora, o que até indica sua negligência no acompanhamento da carga) que a mercadoria não chegou no seu destino final;

c) a três, porque, se a mercadoria estava em situação de transporte (com a posse os cuidados da ré) ainda



que a perda tenha ocorrido na alfândega quando em processo de fiscalização (que cabia a ré acompanhar), tal fato não livra a ré de sua responsabilidade contratual perante a autora, sem prejuízo de, em regresso voltar-se contra o Estado norte americano, pela culpa no extravio imputada às autoridades alfandegárias.

Impõe-se, assim, reconhecer a procedência da demanda indenizatória, por dano moral de responsabilidade civil da ré por força do referido contrato de transporte em que a ré (fornecedora do serviço) não agiu com a diligência devida (culpa, na modalidade da negligência está configurada), sem contar, ainda, a possibilidade legal de invocar em seu desfavor a teoria da responsabilidade objetiva, por aplicação do Código de Defesa do Consumidor (artigo 14), o que não se descarta (cf. Carlos Roberto Gonçalves. Responsabilidade Civil, Ed, Saraiva. 6a cd., 1995. p, 224/228).

Num ponto, todavia, a ré tem razão: não há que se falar em indenização pelos danos materiais e lucros cessantes reclamados na inicial. A título de danos materiais poder-se-ia, ao caso, cogitar na restituição do que foi gasto com o transporte frustrado (mas para esse item não se pede indenização).

No entanto, indenização material por despesas com medicamentos e consultas médicas, bem como por lucros cessantes decorrentes da sequência aos tratamentos prescritos, tudo no montante de R\$ 192.000,00, não se pode, no caso, afirmar como devida.

Com efeito, a vacina em questão estava em fase de teste (fls. 88, 89, 103/104, 116/119 e 289): era uma esperança, não uma certeza de 'cura definitiva', observando-se, inclusive, que até hoje seus resultados são discutíveis e só prováveis (fls. 51, 88, 99, 103/104, 191/195, 196/198, 199/206 e 242). Houvesse a aplicação da vacina, pois, seu resultado positivo na autora seria apenas uma probabilidade (não uma certeza) e, por isso, estamos na esfera do eventual, da perda de uma 'chance', o que até pode justificar indenização quando se admite que havia 'probabilidade suficiente' (Sampaio Lopes. Curso de Direito Civil, vol. I 6a edição. Ed. Freitas Bastos. n. 353, p. 391).

Ocorre, todavia que a tal vacina seria agregada aos tratamentos convencionais, sem caráter substitutivo deles (fls 290: O tratamento com as vacinas será uma opção terapêutica a mais, afirma a mastologista Maria Del Carmen Woigien, do Instituto Brasileiro de Controle do Câncer. Vai servir de complemento à nova geração de drogas para quimioterapia').

Logo, o tratamento convencional iria perdurar. mesmo que extravio não do houvesse, e, ainda que fosse feita e aplicada a tal vacina, os gastos realizados com o tratamento convencional (medicamentos, consultas médicas, etc.) e os lucros cessantes daí decorrentes estariam presentes (pois, ainda assim, seriam realizados). Por isso, não se pode afirmar nexo causal que justifique a indenização patrimonial pretendida.

Não sendo, então, as despesas e lucros cessantes consequências necessárias do apontado extravio, falta em rigor, base de liame causal que autorize a indenização, em nosso sistema jurídico que adota a teoria do dano direto e imediato: danos indiretos ou remotos 'em regra não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas' (Agostinho Alvim, Da inexecução das obrigações



e suas consequências. 3a edição, Ed . Jurídica Universitária, n. 226, p. 351).

Resta, agora, apenas fixar o montante da indenização devida, pelo dano moral (único indenizável, como já exposto). que tem amparo na Constituição Federal, em seu artigo 5º, X, o qual protege de forma eficaz a honra e a dor moral (aqui incluído o sofrimento psíquico e a angústia decorrente de profunda frustração com esperança de

saúde que estava objetivamente alimentada) das pessoas, assegurando direito à indenização reclamada.

Neste passo, então, registre-se que a cláusula de não indenizar em contrato de transporte é inoperante (Sumula 161 do STF) e, daí, sem efeito algum a cláusula que limita a indenização nesse contrato (especialmente cm sede de dano moral). Também não há que se falar em indenização tarifada de transporte aéreo, até porque, como já exposto, o fato não teve relação com os riscos de vôo. Seguir-se-á, pois, os critérios do direito comum.

A indenização cm questão não pode ser exagerada, mas deve ter correspondência a peculiaridade dos fatos, à condição pessoal e patrimonial das partes e, especialmente, as consequências morais do evento.

A reparação do dano moral pois, tem seu escopo no consolo à vítima e deve ser fixada com prudência lembrando que, se de um lado, o dano moral não pode ser fonte de enriquecimento desmedido ao ofendido, por outro, deve servir de desestímulo à ofensora para que, no futuro, evite novas situações de dano a terceiros.

Diante desses critérios, fixa-se a indenização, tornando líquida a sentença, em valor equivalente a 200 salários mínimos, ou seja, em R\$ 60.000,00

3. Em face do exposto, declarando extinto o processo, nos termos do artigo 269, 1, do Código de Processo Civil, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** a demanda para condenar a ré no pagamento, em favor da autora, de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais),

atualizados a partir de hoje conforme a tabela prática de correção monetária do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, e com acréscimo de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação

Diante da sucumbência parcial, cada parte arcará com 50% (cinquenta por cento) das despesas processual e com os honorários do seu advogado.

P R I. C

São Paulo. 24 ele maio ele 2005.

VICENTE DE ABREU AMADEI

Date Created

26/11/2005